

2.
**SITUACIÓN ACTUAL: EFECTOS ECONÓMICOS
SOBRE LA FACTURA SANITARIA**

Don Francisco Javier López Ricarte
Abogado
Director Laboral Hospitales NISA

Índice

1.- Resumen

2.- La sanidad privada

2.1.- Operadores del mercado

2.2.- Relaciones jurídicas entre los operadores

2.3.- Las profesiones sanitarias en la sanidad privada

3.- La Administración

3.1.- La Inspección de Trabajo y de la Seguridad Social

3.1.1.- Orden Contencioso Administrativo

3.1.2.- Procedimiento de Oficio, previsto en la Ley de Procedimiento Laboral

3.2.- Asimetrías de la labor inspectora

3.3.- La labor Judicial

4.- Efectos sobre el mercado

4.1.- Económicos

4.2.- Asistenciales

4.3.- Sobre la Competencia

4.4.- Jurídicos

5.- Conclusión

5.1.- El ejemplo de la Abogacía

5.2.- Necesidad de regulación que otorgue seguridad jurídica

5.3.- Necesidad de regulación negociada

Figuras

Bibliografía

1.RESUMEN

El objeto de este trabajo se contrae a evidenciar que en la situación actual, no existiendo una regulación específica que determine el régimen jurídico de prestación de las profesiones sanitarias, entre ellas la médica, la Administración Pública, por medio de la Inspección de Trabajo y de la Seguridad Social, con su posterior revisión en sede jurisdiccional, ejerce una influencia en el mercado de prestación de servicios sanitarios, en concreto, por ser el más evidente, provocando de manera indirecta un incremento del precio de los mismos.

Esta influencia, al ser fruto de la labor inspectora, no se ejerce por igual, por dos motivos al menos;

- 1.- En primer lugar por variar los criterios de los propios funcionarios, en el legítimo ejercicio de su potestad, o incluso de las propias Direcciones Provinciales.
- 2.- En segundo lugar porque la labor inspectora no afecta a todos los que operan en el mercado, o afecta a unos en mayor medida que a otros.

Esta situación, provocada por la actuación de la Administración, es injusta, atentatorio de principios fundamentales reconocidos en nuestra Carta Magna¹, y debería ordenarse, siendo la regulación pactada entre los intereses en juego la opción más plausible.

2. LA SANIDAD PRIVADA

Desde el punto de vista económico, podemos definir el mercado de prestación de servicios de salud como aquel en que se intercambian estos servicios, no es que se intercambie propiamente "salud", antes bien se intercambian los servicios que la promocionan, reponen, remedan, mejoran o afloran.

Los agentes que operan en el mercado de servicios de salud, no son iguales, ni comparten objetivos, pero en lo que hace al objeto de esta ponencia, acotaremos el grupo por el criterio de la titularidad jurídica del proveedor de servicios de salud, en concreto haremos especial referencia al los hospitales y clínicas de titularidad jurídica privada.

¹ El artículo 35, reconoce el derecho al trabajo, a la libre elección de profesión u oficio, en artículo 36 reconoce las peculiaridades propias de los Colegios Profesionales, el artículo 38 reconoce el derecho a la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado, y por último el artículo 43 establece que compete a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios; por otra parte el artículo 9.3. establece los principios de seguridad jurídica e interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, el artículo 14 establece el derecho de igualdad ante la ley, el artículo 139.1, que establece que todos los españoles tienen los mismos derechos y obligaciones en cualquier parte del territorio del Estado.

En este segmento del mercado los demandantes son los pacientes. El Sistema Público de Salud que tiene a su cargo pacientes y puede derivarlos a otros prestadores de servicios de salud de carácter privado también puede considerarse demandante de estos servicios.

Las Compañías de Seguros Médicos, son a su vez demandantes de estos servicios de manera indirecta, ya que cuando no prestan estos servicios por sí mismas, en centros de su titularidad, precisan de otros que lo hagan.

La oferta en contraposición a los proveedores de titularidad pública², la componen los hospitales y clínicas de titularidad privada, que se articulan en variadas formas; sociedades mercantiles, fundaciones ONG's, UTE's...., teniendo en común que todas ellas prestan de forma directa servicios de salud.

Dentro de ella, hay dos sistemas organizativos diferenciados:

1. Hospital jerarquizado, organizado por servicios o departamentos, con una Dirección Médica, con una dependencia jerárquica y funcional entre los médicos, y servicios, y en general con una unidad de criterio, en todas sus actuaciones.
2. Hospital de puertas abiertas, mantiene una organización adecuada para prestar servicios hospitalarios, pero no médicos. Los médicos son clientes que acuden con su paciente, eligiendo el centro por las razones que considere oportunas. Por lo común el hospital mantiene una relación con la Compañía aseguradora, para atender a los asegurados de la misma que acudan al Centro, encargándose la misma de pagar los honorarios al médico, y de abonar los gastos puramente hospitalarios, (consumos, derechos de quirófano, ...etc.), en que se incurra en la asistencia.

2.1 Operadores del mercado

Mencionar en primer lugar al paciente, que es el demandante de servicios de salud primordial, alrededor del cuál se articulan otros, que intermedian en el mercado, como pueden ser las Compañías de Seguros Médicos (seguros de enfermedad), que prestan servicios de forma directa, por medio de la explotación de titularidad propia, y los Centros Hospitalarios y Clínicas, privadas, que prestan servicios de forma directa al paciente, o mediante acuerdos con su compañía aseguradora.

² Podemos considerar como de carácter público las entidades colaboradoras en la gestión del sistema de seguridad social, las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales.

En relación a las Fundaciones Sanitarias, y al objeto de la presente ponencia, aunque son consideradas por algunos como un 'tertium genus', no nos referiremos a las mismas, centrándonos en las personas jurídicas privadas 'stricto sensu'.

El prestador final del servicio, es, evidentemente, el otro gran agente del mercado, con carácter también esencial, ya que sin médico, no hay prestación de servicios de salud.

La relación jurídica más sencilla, sobre la que cabe construir relaciones cada vez más complejas es la que se establece entre un paciente y un médico.

Pero, dejando aparte las consultas particulares de médicos, lo más habitual es que los pacientes acudan a los profesionales integrados en el cuadro médico de su Compañía Aseguradora, o a los Hospitales o clínicas que aparecen en el cuadro médico, ya sean propios de la compañía aseguradora, o de otro titular. Esto es especialmente relevante en servicios que como las urgencias, tienen un horario muy amplio, o los de un alto contenido tecnológico, como los servicios de diagnóstico por imagen.

2.2. Relaciones jurídicas entre los operadores

La cuestión la centramos ahora en la naturaleza jurídica de las relaciones entre todos los agentes³. Y al respecto, podemos convenir que la relación médico-paciente, se encuadra en el arrendamiento de servicios ex. artículo 1.544 del Código Civil. Sin profundizar en esta afirmación, estamos ante un arrendamiento de servicios, denominado contrato de servicios médicos, con algunas peculiaridades, entre las que podemos citar el deber de información, del médico respecto al paciente, considerado como requisito previo para la validez del consentimiento, y que estamos ante una obligación básicamente de medios, aunque respecto a algunos servicios se considera que la obligación es de resultado; señalar el deber de guardar secreto como una característica propia de este contrato. La obligación primordial del paciente es el pago de los honorarios. Las relaciones entre médicos y compañías aseguradoras, se articulan como un arrendamiento de servicios profesionales, o relación laboral, dependiendo del caso.

Los pacientes y las compañías aseguradoras están vinculadas por un contrato de seguro, con su específica regulación.

Los pacientes y las clínicas u hospitales, en hospitales jerarquizados, están unidos por un contrato de arrendamiento de servicios específico, pudiendo diferenciarse un contrato de servicios médicos, en que la obligación del hospital es la misma que la que asumiría un médico, o bien el contrato de servicios hospitalarios, en que la obligación se circunscribe a todo lo necesario para la atención requerida, excepto lo propio del contrato de servicios médicos, o bien pueden no tener relación contractual, es el caso de los hospitales de puertas abiertas.

³ En este apartado consultar Amelia Sánchez Gómez, en “Contrato de servicios médicos y contrato de servicios hospitalarios” Tecnos, Madrid 1.998, y Javier Fernández Costales, en “El contrato de servicios médicos”, Cívitas, Madrid, 1.998.

Los médicos, respecto a la clínica u hospital, pueden vincularse con un contrato de trabajo, o ejercer de forma independiente, y dentro de ésta de forma individual o asociativa. En el segundo caso, se establece una relación contractual de arrendamiento de servicios, en que se arrienda la prestación de un servicio concreto, o un contrato de servicios hospitalarios, para pacientes propios, o incluso un contrato de arrendamiento de consulta, o de quirófano. Si el médico acude al centro hospitalario con un asegurado, en virtud de el contrato de seguro, la relación contractual es tácita, y a efectos de responsabilidad, pudiendo ser de arrendamiento de local de negocio o de servicios, según el tipo de asistencia que se preste.

La calificación que de la naturaleza jurídica se haga, tiene una enorme trascendencia a la hora de determinar la responsabilidad de los agentes ante una situación dada. Podemos señalar el caso de un resultado dañoso para el paciente, entonces será de gran utilidad establecer con claridad los vínculos existentes entre los agentes, su naturaleza jurídica, y por tanto la responsabilidad en que cada uno incurre. No se trata de un asunto sencillo, especialmente desde el punto de vista procesal, dado la posibilidad de existencia de múltiples agentes interviniendo en un caso concreto, v. gr. si un paciente contrata con un médico, que tipo de relación establece posteriormente con la clínica u hospital donde se somete, por ejemplo, a un tratamiento; una parte de la doctrina propugna, con carácter general que el paciente queda vinculado contractualmente con el centro, otro sector considera que en virtud del contrato celebrado entre el paciente y el médico, el primero deja en manos del segundo la labor de búsqueda del centro donde se efectuará, por ejemplo, la intervención, sobre la base de una autorización tácita del paciente, elección que puede haber hecho con carácter previo la compañía aseguradora. De los partidarios de la primera posición, una parte postula la existencia de un contrato tácito, que se perfecciona en el simple acto de ingreso en el centro; otros señalan el subcontrato como opción contractual, en que tras el contrato base o principal celebrado entre el paciente y el médico, éste constituye un subcontrato con un centro hospitalario, para la realización de las obligaciones asumidas en el primer contrato, (suele limitarse a las prestaciones hospitalarias propiamente dichas); y por último otros señalan el contrato a favor de tercero, mediante en el que el médico-estipulante pacta con la clínica-promitente, que ésta efectuará a favor del paciente-beneficiario la prestación hospitalaria, siempre que éste le haga saber su aceptación. Como puede deducirse según califiquemos la situación de una u otra forma, las consecuencias jurídicas variarán, pudiendo llegarse a soluciones diferentes, en orden a establecer el sujeto responsable.

2.3. Las profesiones sanitarias en la sanidad privada

En el ámbito de la Sanidad Privada, las profesiones sanitarias están reguladas por la Ley de Ordenación de las Profesiones Sanitarias, Ley 44/2003, de 21 de noviembre⁴, en su Título IV.

⁴ El desarrollo reglamentario de esta ley, de producirse, y en lo referente al régimen jurídico aplicable al ejercicio privado, podría ser una vía para regular la situación que se contempla en éstas líneas.

El artículo 40.1 reconoce que se puede ejercer la profesión sanitaria privadamente por cuenta propia o por cuenta ajena. El artículo 42 regula el ejercicio por cuenta propia, obligando a formalizar por escrito el contrato de prestación, y creando el registro de profesionales del centro, artículo que se completa con el 45 que establece medidas para la seguridad y calidad en el ejercicio profesional privado, en especial requisitos de autorización y acreditación. Por último el artículo 46 establece la obligatoriedad de concertar un seguro privado de responsabilidad civil por el ejercicio profesional.

Cabe decir que es una regulación poco explícita, muy generalista, y que hace bien poco por clarificar los aspectos tradicionalmente controvertidos en el ejercicio profesional privado de las profesiones sanitarias, en concreto, si cabe el ejercicio privado por cuenta propia en el marco de un hospital de titularidad privada, o estamos ante un caso de ejercicio por cuenta ajena.

Parece que la ley se inclina por lo primero, al establecer precisamente en este capítulo la obligatoriedad del registro de profesionales por especialidades a disposición del público, pero no es lo suficientemente claro, no al menos para un sector de la Administración.

3. LA ADMINISTRACIÓN

La Administración, en sus diferentes ámbitos competenciales, en especial nacional y autonómico, cumple varios papeles en el mercado de la prestación de servicios de salud, y así puede ser:

- Prestadora de servicios, con la red de centros de titularidad pública.
- Acreedora de servicios, para el caso de conciertos.
- Reguladora del mercado, por medio de las autorizaciones de actividad sanitaria, o para operar en el mercado, vigilando el cumplimiento de la normativa (Los servicios de inspección sanitaria).

Pero también puede influir, y es el objeto de esta ponencia, de manera indirecta, por medio de departamentos que no tienen competencia directa en la salud, pero influyen, desde su competencia, en la forma en que se prestan los servicios de salud, como es el caso de la actuación de la Inspección de Trabajo y de la Seguridad Social.

3.1. La Inspección de Trabajo y de la Seguridad Social

Las funciones de la Inspección de Trabajo y de la Seguridad Social⁵, garantizan el cumplimiento de la legalidad y la normativa en lo relativo a las relaciones de trabajo.

⁵ La Inspección de Trabajo y Seguridad Social (ITSS), dependiente de la Subsecretaría de Trabajo y Asuntos Sociales - de acuerdo con lo previsto en la Ley 42/1997, de 14 de noviembre de Ordenación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social y su reglamento de desarrollo aprobado por RD 138/2000 de 4, de febrero así como en la Orden Ministerial de 12 de febrero

Su ámbito de actuación es esencialmente la relación laboral. En este ámbito, no es extraño que la ITSS, considere que la naturaleza jurídica del vínculo es laboral, y por tanto la califique, iniciándose un procedimiento, de carácter complejo, en el que se mezclan aspectos relativos al derecho del trabajo, sometidos al orden social, con aspectos de derecho administrativo, competencia del orden contencioso-administrativo, aderezado todo ello de un procedimiento ejecutivo muy rápido y gravoso para el deudor, y que es llevado a cabo por unidades especializadas de la Tesorería General de la Seguridad Social.

En la provincia de Valencia, comenzó en el año 2003, una sistemática actividad inspectora en los hospitales y clínicas de titularidad privada, que ha generado el levantamiento de actas de liquidación e infracción, al considerar que los servicios que prestan los médicos en los hospitales y clínicas privadas, tienen carácter laboral siempre, y que el empresario es el hospital o clínica siempre,

de 1998 - es la organización administrativa responsable del servicio público de control y vigilancia del cumplimiento de las normas de orden social que incluye los servicios de exigencia de las responsabilidades administrativas pertinentes en que puedan incurrir empresas y trabajadores así como el asesoramiento e información a los mismos en materia laboral y de seguridad social.

Para la prestación de los servicios a los ciudadanos la ITSS cuenta con funcionarios de nivel técnico superior y habilitación nacional pertenecientes al Cuerpo Superior de Inspectores de Trabajo y de Seguridad Social y que realizan sus funciones con el mandato de estricto cumplimiento de los principios de independencia técnica, objetividad e imparcialidad prescritos en los convenios internacionales números 81 y 129 de la Organización Internacional del Trabajo.

Los servicios prestados por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social a empresas y trabajadores son:

a) Servicios de vigilancia y exigencia del cumplimiento de las normas legales, reglamentarias y contenido normativo de los convenios colectivos. Entre las que se encuentran las normas en materia de campo de aplicación, inscripción, afiliación, altas y bajas de trabajadores, cotización y recaudación de cuotas del sistema de la seguridad social.

b) Servicios de asistencia técnica, como la información, asistencia y orientación general a empresas y trabajadores, con ocasión del ejercicio de la función inspectora.

c) Servicios de arbitraje, conciliación y mediación.

d) Actuaciones inspectoras derivadas de los servicios prestados por la Inspección de Trabajo y de Seguridad Social, entre las que podemos señalar:

.- Requerimientos o Actas de advertencia cuando no se deriven perjuicios directos a los trabajadores.

.- Inicio de procedimientos sancionadores mediante la extensión de Actas de Infracción.

.- Inicio de procedimientos liquidatorios por débitos a la Seguridad Social y conceptos de recaudación conjunta, mediante la práctica de Actas de liquidación.

.- Inicio de procedimientos de oficio para la inscripción de empresas, afiliación y altas y bajas de trabajadores en el régimen correspondiente de la Seguridad Social.

.-Formulación de demandas de oficio ante la Jurisdicción de lo Social de acuerdo con la normativa aplicable.... y otras.

sin distinguir entre tipos de hospitales, tipo de relación del médico con ellos, y excluyendo a las Compañías Aseguradoras de cualquier responsabilidad⁶.

Los importes de las Actas, siendo importantes puesto que la experiencia nos muestra que los funcionarios actuantes no han diferenciado por el origen de las retribuciones (honorarios, actos médicos, pagos delegados de compañías, etc.), no suponen la esencia del asunto. Lo que está en juego es la propia supervivencia del sistema.

La actuación inspectora, ha sido, en algunos casos especialmente rigurosa, si entrar a contemplar ninguna de las alegaciones realizadas, y en otros casos, los menos, ha sido benevolente, y ha tenido en cuenta circunstancias modificativas, si se aceptaba la existencia de relación laboral por parte del sujeto responsable. En la mayoría de los casos, tanto las empresas como los propios médicos consideran que su relación no tiene naturaleza laboral.

3.1.1. Orden Contencioso-Administrativo

Cuando la Inspección levanta acta de liquidación, con el límite de los 4 años anteriores a la fecha de la actuación inspectora, dirige todo el expediente al conocimiento de los juzgados y tribunales del orden contencioso-administrativo. Así, al no levantarse acta de infracción, se aboca al inspeccionado a un proceso contencioso-administrativo, de larga duración y de costes elevados. (Aval o pago de lo reclamado, para lograr la suspensión de la ejecución del acto administrativo, intereses).

Esta actuación, en principio, no parece la más adecuada en derecho, a los fines perseguidos, y aparece como una vía no natural, ya que se alega la inexistencia de relación laboral, y la ley tiene previsto que en los casos en que se discute la naturaleza jurídica del contrato que une a las partes, un mecanismo específico, que se conoce en el orden jurisdiccional predeterminado para las relaciones entre trabajadores, con una vía más garantista, sencilla y rápida, motivo por el que cuando la Inspección acude a esta vía, puede decirse que, aunque actúe legalmente, no está disponiendo de los remedios jurídicos a su alcance de forma eficiente.

3.1.2. Procedimiento de Oficio previsto en la Ley de Procedimiento Laboral

En los artículos 146 a 150 de la Ley de Procedimiento Laboral, se regula el procedimiento de oficio, que podrá iniciarse por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, para ante el juzgado o tribunal del orden social competente, en diversos casos; a) actas de infracción en que se aprecien perjuicios económicos para los trabajadores; b) cuando la autoridad laboral competente

⁶ Obviando cualquier referencia al artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores, Real Decreto Legislativo 1/1995, o al artículo 127 de la Ley General de la Seguridad Social, Real Decreto Legislativo 1/1994. Cabe cuestionarse en que grado afectaría a la cuestión la reciente reforma del artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores, Real Decreto-Ley 5/2006 de 9 de junio.

aprecie dolo, coacción o abuso de derecho en casos de suspensión de contratos por causas económicas, organizativas o técnicas, o en caso de despidos colectivos; c) cuando las actas de infracción hayan sido impugnadas por el sujeto responsable en base a pruebas o alegaciones que desvirtúen la naturaleza laboral de la relación jurídica objeto de la labor inspectora; y d) en general de actas de infracción cuando el sujeto responsable alegue o pruebe en lo relativo a materias cuyo conocimiento esté atribuido a los juzgados y tribunales del orden social.

Esta acción tiene unas garantías procesales para los considerados trabajadores, que son parte en el proceso, como demandados, con las ventajas procesales que ello les reporta, y, al tiempo, supone la paralización del expediente sancionador, hasta la firmeza de la sentencia en el orden social. Lógicamente, si la sentencia declara que la relación no es laboral, el acta de infracción pierde virtualidad, pero si por contra declara que la relación es laboral, el acta se dota de efectividad y procede continuar el expediente sancionador, y eventualmente el de actas de liquidación, desde una posición jurídica privilegiada.

3.2. Asimetrías de la labor inspectora

En los casos que hemos visto, con sus diferencias procedimentales, lo esencial es que la labor inspectora se desarrolla frente a determinados sujetos, en general empresarios, y, aquí encontramos otro tipo de diferencias que suponen una desigualdad de trato, que finalmente, entiendo no tiene amparo legal.

1.- Diferencias con otros colectivos de profesiones liberales

El caso de referencia es el de los abogados, que ante una situación como la que se viene describiendo, han sido objeto de regulación específica, estando en el momento de redactar estas líneas, pendiente de desarrollo reglamentario.

2.- Diferencias territoriales

La actuación inspectora no se está realizando por todas las Direcciones Territoriales, es más dentro de algunas, hay Direcciones Provinciales que están realizando las actuaciones inspectoras descritas, y otras no. Pero podemos añadir que dentro de la misma Dirección Provincial, en la misma unidad especializada, dependiendo del funcionario actuante, se produce la actuación inspectora, o no, con apreciaciones, legítimas pero subjetivas, que llevan a resultados diferentes en situaciones idénticas, y así, en lo relativo al contenido de las propias actas, nos encontramos situaciones en que se han levantado actas de infracción sin actas de liquidación, actas de liquidación sin actas de infracción, actas de liquidación por los cuatro años anteriores a la actuación inspectora, requerimientos de regularización de la situación sin actas de liquidación por períodos anteriores.

3.3. La labor judicial

En lo referente a la jurisdicción social, cuando se somete al juzgador la determinación de la naturaleza jurídica de una relación como las descritas, en primer lugar influye si se trata de un procedimiento de oficio, en que el empresario y el trabajador son codemandados y pueden tener intereses comunes en la calificación del vínculo, o si se trata de una demanda por despido, en que el profesional demanda a la empresa. En este último caso, la mayor parte de las sentencias entra a conocer sobre el fondo del asunto, estimando la demanda, en el otro caso nos encontramos con resoluciones de todo tipo.

Dicho esto, lo cierto es que no encontramos en esta materia una doctrina judicial que aclare definitivamente el asunto.

La prestación de servicios médicos constituye una de las relaciones jurídicas cuya calificación presenta más dificultad, habida cuenta de que la misma es susceptible de constituir una relación laboral, una relación civil, una relación administrativa y una relación estatutaria.

Podemos constatar que, en la práctica, suele plantearse el problema de la calificación jurídica de la prestación privada de servicios médicos como contrato de trabajo o como contrato de arrendamiento de servicios civil. Como pone de manifiesto la Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de marzo de 1987, Sala de los Social, la separación entre ambos tipos de contratos es muchas veces borrosa y difícil, pudiendo citarse algunas causas, que son variadas y están interrelacionadas, así puede señalarse que esta delimitación es especialmente compleja porque el contrato de trabajo tiene como origen histórico este contrato civil, o también que, la profesión médica es una profesión liberal, conceptualmente excluida de la relación laboral.

En una resolución, en unificación de doctrina, de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de fecha 9 de 12 de 2.004, resume la posición jurisprudencial sobre el asunto de la calificación jurídica de la relación, a saber:

- La calificación de los contratos no depende de cómo hayan sido denominados por las partes contratantes, si no de la configuración efectiva de las obligaciones asumidas en el acuerdo contractual y de las prestaciones que constituyen su objeto.
- La configuración de las obligaciones y prestaciones del contrato del arrendamiento de servicios regulado en el Código Civil no es incompatible con la del contrato de trabajo propiamente dicho, "al haberse desplazado su regulación, por evolución legislativa, del referido Código a la legislación laboral actualmente vigente".
- Tanto la dependencia como la ajeneidad son conceptos de un nivel de abstracción bastante elevado, que se pueden manifestar de distinta manera según las actividades y los modos de producción, y que además, aunque sus contornos no coincidan exactamente, guardan entre sí una estrecha relación.

De ahí que en la resolución de los casos litigiosos se recurra con frecuencia para la identificación de estas notas del contrato de trabajo a un conjunto de indicios o hechos indiciarios de una y otra. Estos indicios son unas veces comunes a la generalidad de las actividades o trabajos y otras veces específicos de ciertas actividades laborales o profesionales.

- El siguiente paso del razonamiento consiste en la proyección del anterior sistema de indicios sobre la relación de servicios médicos controvertida y en la aplicación al supuesto litigioso, en su caso, de los hechos indiciarios específicos utilizados por la jurisprudencia para la actividad profesional concreta del ejercicio de la medicina.
- La jurisprudencia ha elaborado indicios de dependencia o ajeneidad específicos de la profesión médica, o en general de las profesiones liberales⁷. La citada sentencia termina, en sus fundamentos de derecho con un razonamiento clarificador del grado de indeterminación de la materia sobre la que estamos hablando: “Téngase en cuenta, por último, que el pronunciamiento que adoptamos en esta sentencia sobre la cuestión de la calificación de la relación de servicios médicos es distinto del adoptado en la sentencia de esta Sala de 22 de enero de 2001 , pero no incurre en contradicción con ella”.

Queda de manifiesto que la situación no es precisamente modelo de seguridad jurídica. Señalar que también la doctrina se viene manifestando con claridad por la necesidad de regular determinadas situaciones fronterizas, o “zonas grises”, de forma que no “dejar al trabajador a la decisión de un juzgador”, sin ninguna otra opción.

En lo que respecta a las actas de liquidación que se han levantado, suponen un gravamen económico en muchos casos insostenible, y que en caso de materializarse, provocarán, varios efectos no deseables en el mercado de prestación de servicios de salud.

⁷ En el caso de las profesiones liberales, son indicios contrarios a la existencia de laboralidad la percepción de honorarios por actuaciones o servicios fijados de acuerdo con indicaciones corporativas (STS de 15 de abril de 1990 y STS de 3 de abril de 1992) o la percepción de igualas o cantidades fijas pagadas directamente por los clientes (STS de 22 de enero de 2001). En cambio, la percepción de una retribución garantizada a cargo no del paciente sino de la entidad de asistencia sanitaria en función de una tarifa predeterminada por actos médicos realizados (STS de 7 de junio de 1986, sentencia de contraste) o de un coeficiente por el número de asegurados atendidos o atendibles (caso de la sentencia recurrida), constituyen indicios de laboralidad, en cuanto que la atribución a un tercero de la obligación retributiva y la correlación de la remuneración del trabajo con criterios o factores estandarizados de actividad profesional manifiestan la existencia de trabajo por cuenta ajena (STS de 20 de septiembre de 1995).

4. EFECTOS SOBRE EL MERCADO

Los efectos no deseables referidos pueden ser de diversos tipos:

4.1. Económicos

El más evidente es el incremento del precio de los servicios de salud. Por la vía de la repercusión del incremento de los gastos de personal, los Hospitales y clínicas, considerados los empresarios por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, incrementarán sus precios, y las Compañías aseguradoras, a su vez lo repercutirán en los precios de sus pólizas, lo que en definitiva, provocará un incremento de los precios en general. Cuantificar este incremento excede de esta ponencia, pero la “laboralización” de los profesionales, supone, en números redondos un 30% de incremento de coste directo sobre la partida de coste de personal.

De manera indirecta, una parte de la población dejaría sus seguros de enfermedad, y revertiría a la sanidad pública, con lo que, posiblemente, se agravaría el problema de la masificación de la misma y los retrasos y demoras en la atención.

Siguiendo este argumento, no deja de ser paradójico que los dos sistemas más utilizados por la sanidad pública para eliminar la sobrecarga asistencial; hayan sido, por una parte, establecer conciertos con centros privados, para atender a pacientes derivados de centros públicos, y por otra parte las “fundaciones sanitarias” o figuras similares que suponen encomendar la gestión de la asistencia de un ámbito geográfico determinado a una entidad privada, o una asociación de ellas, modelo que va ampliándose, y que v, gr. en Valencia, ha tomado definitiva carta de naturaleza, y ya está establecido y en franca expansión.

4.2. Asistenciales

Consecuencia directa de la consideración como laboral de profesionales médicos que no quieren serlo, es su salida del mercado. Las razones son varias, pero el aspecto organizativo es el más señalado, ya que se trata de personas con plaza en algún centro determinado y que se organizan su tiempo libre para poder prestar servicios en otro sitio. Si bien la motivación es económica, legítima sin duda, lo cierto es que la justificación es organizativa, ya que en esta segunda actividad gozan de una total libertad para establecer cuando y como prestarán sus servicios profesionales. Si se les somete a la disciplina del contrato de trabajo, ni siquiera del estatuto profesional, la reacción normal es la salida del mercado, y la entrada de profesionales menos cualificados, ya sea por menos experiencia, ya sea por falta de prestación efectiva de sus servicios durante un tiempo, con lo que ello supone de desfase tecnológico en un sector como este.

En consecuencia, baja la calidad asistencial.

4.3. Sobre la competencia

Otro efecto, especialmente perverso, es que la actuación de la Inspección, al no tratar en régimen de igualdad a todos los empresarios, penaliza a unos frente a otros, de forma que aquellos a los que se les levanta acta, no tienen más remedio que disminuir beneficios, o repercutir el incremento del coste sobre el precio del servicio. Esto, en definitiva, supone primar a unas empresas frente a otras de forma que los costes en que se incurran sean superiores para unas empresas. Es una forma ilegítima de incentivar a unos agentes frente a otros.

Este sistema es esencialmente ineficiente pues deja en manos de los funcionarios de la Inspección una labor que no les debería atener si hubiera una regulación clara sobre la materia. Quiero decir que las actas “interpretan” la normativa aplicable, cuando lo deseable sería que se limitaran a vigilar su cumplimiento.

4.4. Jurídicos

El efecto más significado, es la ausencia de seguridad jurídica en esta materia, de forma que sea casi imposible calificar una relación como laboral o no, sin pasar previamente por la interpretación judicial.

No se olvide que lo que las partes decidan sobre lo que sea su relación, no tiene relevancia alguna. Si a eso le añadimos la cercanía conceptual entre una situación u otra, existe la tentación de pervertir la lógica jurídica, y usar un método inductivo, en que se busquen justificaciones a una conclusión dada, ya sea en un sentido o en otro, en vez de usar un método deductivo, que sería el único aceptable, en el que a partir de una serie de datos fácticos, y la aplicación de conceptos jurídicos, se arribara a una conclusión sobre la naturaleza jurídica de la relación examinada, sin tener que examinar cada caso en concreto en todos sus aspectos.

Otro efecto jurídico provendría del régimen de responsabilidades en que incurrirían los agentes. Si se “laboraliza” a la totalidad de los médicos que prestan servicios a las clínicas y hospitales privados, parece lógico que estos responderán por los daños causados por los médicos que trabajan en ella. Mientras que en el caso de que no exista vinculación laboral, la responsabilidad de los centros será la derivada del contrato de servicios hospitalarios.

Finalizar con una breve mención al régimen de incompatibilidades, que se aplicaría para el caso de establecerse una relación laboral con centros privados, de médicos que mantiene una relación, sometida a incompatibilidad, con centros públicos. Esta es la situación más común en el ejercicio médico privado en la actualidad. La consecuencia es que el profesional debería optar entre una u otra prestación de servicios, abandonando una de ellas.

5.CONCLUSIÓN

La conclusión es clara: es necesario dotar de seguridad jurídica esta situación, para lo que parece inevitable regular, con ánimo clarificador, ésta situación.

5.1. El ejemplo de la Abogacía

Nos remitiremos a la ponencia que se realiza en la misma Mesa por D. Carlos Carnicer Díez. No obstante señalar, que la regulación que se va a realizar de la relación laboral de carácter especial de la abogacía, supone en definitiva el reconocimiento de un ‘tertium genus’ en el tradicional esquema de relaciones laborales del siglo pasado. Se pueden señalar los peligros de una tal actuación, y se pueden reseñar las ventajas, de todo hay, pero lo que sería deseable es que la nueva regulación aportara claridad y seguridad al modelo de relaciones laborales.

5.2. Necesidad de regulación que otorgue seguridad jurídica

No parece que la conclusión a que se ha llegado sea ajena a la realidad legislativa en que nos movemos, así asistimos a varias iniciativas legislativas de carácter general, que abogan por la tesis de la existencia de un nuevo modelo de relaciones laborales. Señalar en primer lugar el Anteproyecto de Ley del Estatuto del Trabajo Autónomo, presentado por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, en fecha 28 de septiembre. En el texto se recoge, artículo 1, una definición de trabajador autónomo, “...*aquellas personas físicas que realicen de forma habitual, personal, directa, por cuenta propia y fuera del ámbito de dirección y organización de otra persona, una actividad económica o profesional a título lucrativo, den o no ocupación a trabajadores por cuenta ajena.*”.

También se regula la figura del Trabajador autónomo económicamente dependiente, definido como: “*aquéllos que realizan una actividad económica o profesional a título lucrativo y de forma habitual, personal, directa y predominante para una persona física o jurídica, denominada cliente, del que dependen económicamente por percibir de él, al menos, el 75 por ciento de sus ingresos por rendimientos de trabajo y de actividades económicas o profesionales.*”.

Esta figura supondrá, el reconocimiento en nuestro derecho de la existencia de un nuevo tipo de trabajador, sugerido por el concepto de “trabajador coordinado” en la doctrina italiana, como “tertium genus”, con identidad propia⁸, al que se la ha añadido, como factor diferencial la dependencia económica⁹.

⁸ Eugenia Revilla Esteve, “La noción de trabajador en la economía globalizada”, Ed. Aranzadi 2003, página 312, que remite a su vez a De Luca Tamajo, R., “Per una revisione delle categorie qualificatorie del diritto del lavoro, l'emersione del “lavoro coordinato””, ADL n° 5,1997.

⁹ En el anteproyecto se cuantifica la dependencia en el 75% de los ingresos por rendimiento del trabajo, sin duda con un afán de clarificar la aplicación concreta de la ley, pero cabe recordar

Es de desear que esta regulación, o su ulterior desarrollo reglamentario, aporte luz en el tradicional asunto de las “zonas grises” en el derecho del trabajo, y se logre aumentar el grado de seguridad jurídica en las relaciones contractuales que se establezcan en el futuro.

En trámite parlamentario más avanzado, está el Proyecto de Ley de sociedades profesionales. (121/000077).

En el artículo 1.1 de este Proyecto de Ley, se define la sociedad profesional como: *“las sociedades que tengan por objeto social el ejercicio en común de una actividad profesional”*, definiendo actividad profesional como: *“...aquella para cuyo desempeño se requiere titulación universitaria, o titulación profesional para cuyo ejercicio sea necesario acreditar una titulación universitaria, e inscripción en el correspondiente Colegio Profesional.”* En el mismo artículo se especifica que: *“A los efectos de esta ley se entiende que hay ejercicio en común de una actividad profesional cuando los actos propios de la misma sean ejecutados directamente bajo la razón o denominación social y le sean atribuidos a la sociedad los derechos y obligaciones inherentes al ejercicio de la actividad profesional como titular de la relación jurídica establecida con el cliente.”* A expensas de la redacción definitiva, esta parece encaminar al ejercicio de la medicina por parte de las sociedades médicas fuera del ámbito del trabajo dependiente, primando la naturaleza asociativa, que ha sido tradicionalmente excluida del contrato de trabajo.

Puede pues concluirse que es oportuno, y adecuado plantear la cuestión de la regulación del ejercicio de la medicina en el marco de la sanidad privada, desde un punto de vista, no tanto de la relación jurídica, como de la realidad social en que se ejerce, contextualizada en estas reformas, novedosas en nuestro derecho, y que abren un abanico de posibilidades de dotar de seguridad jurídica a las relaciones entre los agentes del mercado de prestación de servicios de salud.

5.3. Necesidad de regulación negociada

Esta regulación, en mi opinión debe, como el caso de los autónomos ha sido, o el de los abogados lo está siendo, negociada, y con participación de todos los

que el Texto articulado del Comité de Expertos al que el MTAS encargó el informe, en su artículo 10.2 establecía: “Se presumirá que existe dependencia económica cuando el trabajador reciba de manera regular de un mismo cliente remuneraciones que supongan su principal fuente de ingresos.”, y era el texto de ASNEPA, organización excluida de la consulta la que la cuantificaba en el “70% de los ingresos para la subsistencia del trabajador”, ni el texto de UPTA ni el de el ATA, cuantificaban la “dependencia económica”, para ampliar este y otros aspectos que van a estar encima de la mesa en breve, remito a la consulta de: CIRIEC-España, Revista de Economía Pública, Social y Cooperativa, nº 52, agosto 2005, pp. 63-147,” El Estatuto de los Trabajadores Autónomos: cuadro comparativo entre las diversas propuestas articuladas en España” por Frederic V. López i Mora. Universitat de València.

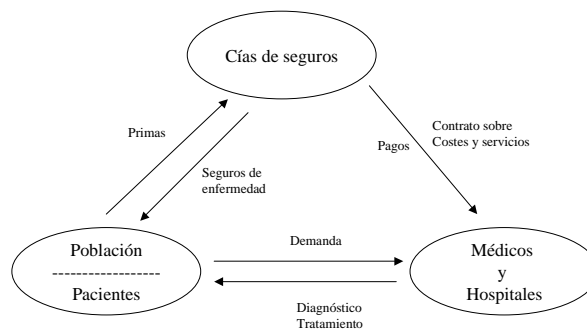
agentes implicados, ya que los intereses, aunque parecieran contrapuestos, en mi opinión son complementarios, y que los objetivos de los grupo de interés son comunes, por lo que hacerlo de otra manera, sencillamente, sería desperdiciar las valiosas aportaciones que sin duda se van a dar.

Cómo sea el resultado final de la regulación, es algo que se verá, pero en principio, y en el marco jurídico al que nos encaminamos, pasaría, seguramente por el reconocimiento de una relación laboral de carácter especial para el ejercicio de la medicina, con sus características específicas y diferentes de las relaciones ya conocidas, y por la diferenciación clara y definitiva de lo que sea relación laboral y ejercicio por cuenta ajena, todo ello teniendo en cuenta las peculiaridades de este mercado, en que la salud y seguridad del paciente es lo primordial, y en que la tecnología, los últimos avances y conocimientos son casi exigidos por la sociedad, lo que hace que los tradicionales hechos diferenciadores, deban ser matizados o ampliados¹⁰.

Figuras¹¹

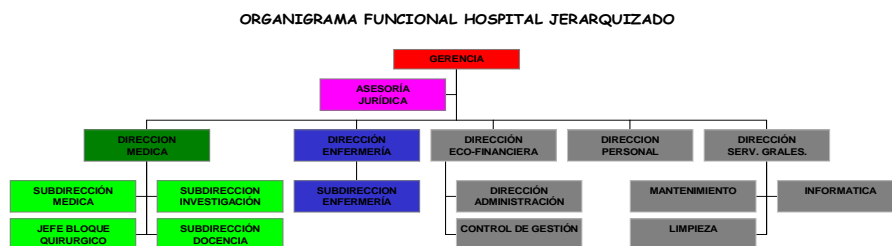
Figura 1.- Relaciones entre los operadores del mercado.

Los actores del mercado de servicios de salud.



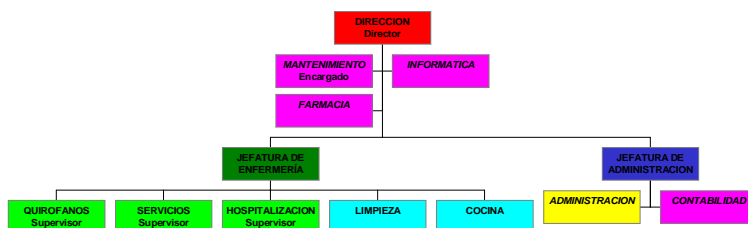
- Mercado de Aseguradores (3PP): Privados vs. Públicos.
- Mercado de Servicios Hospitalarios: Barreras a la entrada, concentración, economías de escala, regulación.
- Mercado de Servicios Médicos: Demanda inducida, competitividad, costes y calidad.

Figura 2.- Organigrama funcional tipo Hospital jerarquizado.



¹⁰ Me refiero en especial a la ajeneidad y a la dependencia, sobre las que tantísimo se ha dicho, y sobre las que se sigue hablando.

Figura 2.- Organigrama funcional tipo Hospital “puertas abiertas”.



Bibliografía

- Amelia Sánchez Gómez, en "Contrato de servicios médicos y contrato de servicios hospitalarios" Tecnos, Madrid, 1998.
- Javier Fernández Costales, en "El contrato de servicios médicos", Cívitas, Madrid, 1998.
- Eugenia Revilla Esteve, "La noción de trabajador en la economía globalizada", Aranzadi 2003.
- Frederic V. López i Mora; "El Estatuto de los Trabajadores Autónomos: cuadro comparativo entre las diversas propuestas articuladas en España"; CIRIEC-España, Revista de Economía Pública, Social y Cooperativa, nº 52, agosto 2005, pp. 63-147.
- Xavier Martínez Guiralt en "Economía de la Salud" Universidad Autónoma de Barcelona, 2006.
- Luján Alcaraz, José; "La contratación privada de servicios y el contrato de trabajo"; Contribución al estudio del ámbito de aplicación subjetivo del Derecho del Trabajo. Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. Madrid. 1994.
- Álvaro Hidalgo Vega, Indalecio Corudego de las Cuevas y Juan del Llano Señarís. "Economía de la Salud", Pirámide, Madrid 2001.

¹¹ Figuras de elaboración propia, siguiendo las realizadas por Xavier Martínez Guiralt en "Economía de la Salud" Universidad Autónoma de Barcelona 2.006.

